

Le 8 juillet 1996, la Cour Internationale de Justice a répondu à la question que lui avait posée l'Assemblée Générale des Nations-Unies par sa résolution 49/75 K du 15 décembre 1994: „Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?“

La question était particulièrement embarrassante: elle révélait l'opposition déterminée entre les adversaires farouches de l'arme nucléaire et les partisans résolus de la dissuasion nucléaire. Pour les premiers, l'arme nucléaire est le mal absolu, l'instrument potentiel apocalyptique de la destruction de l'humanité toute entière; de plus, par sa possession limitée à quelques puissances, elle est l'instrument de leur domination sur la société internationale, la consécration de l'inégalité entre les Etats. Pour les seconds, elle est, pour ses possesseurs, l'instrument de dissuasion irremplaçable qui garantit leur sécurité, et c'est grâce à elle que l'affrontement entre les deux blocs n'a pas dégénéré en 3^e guerre mondiale.

Cette opposition s'est concrétisée lors du vote de la résolution 49/75 K: elle n'avait été adoptée que par 78 voix tandis que 43 Etats votaient contre - et parmi eux, bien sûr, toutes les puissances nucléaires, sauf la Chine qui avait réussi à ne pas participer au vote - et 38 abstentions. Elle s'est traduite à nouveau par le nombre exceptionnellement élevé d'Etats ayant utilisé leur droit de présenter à la Cour des exposés écrits - 28 - et même oraux - 22 - pour défendre leurs positions antagonistes.

Appelée inéluctablement à mécontenter, ou à décevoir, les uns ou les autres, la Cour a été effectivement très embarrassée, comme en témoignent les huit mois de délibéré qu'elle s'est accordés.¹

Elle a été tentée, mais elle a surmonté la tentation, de se déclarer incompétente; l'argument était classique: la question était éminemment politique: l'Assemblée générale répondait à la pression d'un lobby, l'*International Association of Lawyers against Nuclear Arms*, qui cherchait à obtenir de la Cour un soutien à son action en vue du désarmement nucléaire; mais la réponse de la Cour a été aussi classique: les aspects politiques de la question posée

¹ Il est à noter que les seuls précédents jurisprudentiels, d'ordre interne, dont pouvait disposer la Cour étaient contradictoires: dans l'affaire *Shimoda*, la Cour de district de Tokyo avait conclu, le 7 décembre 1963, que le bombardement nucléaire d'Hiroshima était contraire au droit humanitaire (Japanese Journal of International Law, 1964, p. 212), tandis que dans une décision du 16 décembre 1983, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand avait admis qu'il n'existe pas de principe général de droit international interdisant l'installation et l'utilisation d'armes nucléaires à des fins légitimes de dissuasion (Archiv des Völkerrechts, 1984, p. 220).

n'empêchent pas la Cour d'y répondre si la question elle-même porte sur l'interprétation et l'application du droit. La Cour avait, au demeurant, une autre raison, déterminante, de se déclarer compétente. Elle était, en effet, saisie d'une autre demande d'avis consultatif, déposée par l'OMS le 27 avril 1993, et formulée en ces termes: „Compte tenu des effets des armes nucléaires sur la santé et l'environnement, leur utilisation par un Etat au cours d'une guerre ou d'un autre conflit armé constituerait-elle une violation de ses obligations au regard du droit international, y compris la constitution de l'OMS?“

La Cour avait joint les deux demandes et rendu les deux avis le même jour, mais, par 11 voix contre 3, elle s'était déclarée incompétente pour répondre à la demande de l'OMS. La raison avancée par la Cour est que la question n'est pas „posée dans le cadre de l'activité de l'institution représentée“. L'OMS, note la Cour à juste titre, est soumise, comme toute organisation internationale, au principe de spécialité; dès lors, et compte tenu de ses fonctions, si elle peut se préoccuper des effets sur la santé de l'utilisation d'armes nucléaires, elle ne peut s'interroger sur leur licéité, les questions relatives à la réglementation des armements étant du ressort exclusif de l'ONU;² ainsi, les motifs donnés par la Cour pour ne pas répondre à l'OMS l'obligeaient à répondre à l'ONU.

Mais une autre tentation, plus insidieuse, la poussait à se dérober: ne pouvait-elle pas, sur le plan de la recevabilité, cette fois, user de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de répondre? Selon l'article 65 § 1 de son statut, en effet, elle „peut donner un avis consultatif“; elle peut donc s'y refuser; mais il faut pour cela une „raison décisive“; une seule fois la Cour - ou plutôt sa devancière, la CPJI, - s'y est résolue: c'était dans l'affaire de la *Carélie orientale*, mais la question posée avait une incidence sur un différend qui opposait la Finlande à un Etat non membre de la SDN et non partie au statut de la Cour, l'URSS. Mais dans la présente affaire, aucune des raisons invoquées pour inciter la Cour à se dessaisir - la question posée serait floue et abstraite, elle interférerait avec les négociations en cours sur le désarmement, elle obligerait la Cour à sortir de sa fonction judiciaire pour s'arroger une fonction législative - ne lui est apparue „décisive“. Elle répondra donc, même si, ajoute-t-elle prudemment, sa réponse ne sera peut-être pas „complète“.³ On ne peut que l'approuver, car si, après s'être reconnue compétente, elle avait renoncé à répondre, elle se serait politiquement discréditée.

² Voir spécialement le § 25 de cet avis.

³ § 19.

Elle va donc répondre, mais, ce faisant, elle va inévitablement faire éclater sa division: le § E du dispositif, qui est au coeur de l'avis de la Cour, comme on le verra plus loin, sera adopté par sept voix contre sept, par la voix prépondérante du Président; ce mode de votation, prévu par l'article 55 § 2 de son statut, n'a joué, dans toute l'histoire des deux Cours, que deux fois, mais chaque fois dans l'exercice de sa compétence contentieuse, une fois dans l'arrêt du *Lotus*, l'autre dans le deuxième arrêt, celui du 18 juillet 1966, sur le Sud Ouest Africain, mais jamais encore dans le cadre de sa compétence consultative; aussi bien, les quatorze Juges ont estimé nécessaire de faire suivre l'avis de l'exposé soit d'une déclaration, pour 5 d'entre eux, à commencer par le Président *Bedjaoui*, soit d'une opinion individuelle, pour 3 autres, soit d'une opinion dissidente, pour les 6 juges restants.

Dans un tel contexte, l'avis de la Cour ne pouvait être que prudent et équilibré; la Cour va faire l'inventaire minutieux du droit applicable pour constater finalement qu'il ne permet pas de répondre de façon complète à la question posée.

I. La recherche systématique du „droit pertinent“

Avant de suivre la Cour dans la démarche à laquelle elle s'est livrée pour déterminer „le droit pertinent applicable“, trois remarques importantes doivent être faites. En premier lieu, la Cour va se prononcer exclusivement sur la base du droit positif; elle ne peut statuer *de lege ferenda*, elle „ne peut aller au-delà de ce que dit le droit“. ⁴ En second lieu, en fonction des fondements mêmes du droit international, elle est amenée à rectifier la question posée: elle va rechercher non pas si le droit international permet la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire, mais s'il l'interdit. Enfin, la question lui étant posée en termes abstraites („les armes nucléaires“), elle s'estimera tenue d'y répondre avec le même degré d'abstraction, ce qui, on le verra, contribuera à réduire beaucoup le caractère „opératoire“ de sa réponse.

La Cour commence alors ses recherches du droit pertinent en excluant certains éléments du droit international qui n'apportent au problème aucun éclairage propre. Tel est la protection des droits de l'homme et spécialement le droit à la vie; certes les droits de l'homme s'appliquent en temps de guerre comme en temps de paix, mais, par la force des choses, le droit applicable dans les conflits armés y déroge en tant que *lex specialis*; l'interdiction du génocide n'est pas non plus une référence pertinente, car il suppose un élément intentionnel

qui ne se retrouve pas nécessairement dans l'emploi de l'arme nucléaire; il en va de même enfin du droit de l'environnement, car même s'il revêt aujourd'hui un caractère coutumier, il n'est pris en considération ici qu'à travers les contraintes qu'il pose dans le cadre du droit des conflits armés.

Dès lors, seuls comptent, finalement, le droit de la Charte et le droit applicable aux conflits armés, ce qui correspond à la distinction traditionnelle entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*.

A. Le droit de la Charte n'est pas à première vue très éclairant, car l'interdiction qu'il édicte de recourir à la force ne distingue pas selon le type d'armes envisagé, et, à l'inverse, la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire - ou tout autre type d'armes - doit se concilier avec le respect des principes de la Charte: ainsi l'utilisation de l'arme nucléaire est certainement illicite si elle tend à porter atteinte à l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale d'un autre Etat; elle ne l'est pas nécessairement si elle tend à répondre à une agression; la remarque est cependant d'importance car la Cour confirme que la légitime défense est soumise à deux restrictions coutumières bien établies, la nécessité et la proportionnalité, dont l'application à la dissuasion en réduit singulièrement la licéité.

B. Qu'en est-il du „droit applicable dans les situations de conflits armés“? La Cour va d'abord s'appliquer à rechercher s'il existe des règles spécifiques, conventionnelles ou coutumières interdisant la menace ou l'emploi des armes nucléaires en tant que telles.

1.a. Deux séries de conventions pourraient être invoquées. D'abord les conventions interdisant les „armes empoisonnées“: gaz asphyxiants, armes bactériologiques, armes chimiques; ne peut-on pas, par analogie, en étendre la portée aux armes nucléaires? La Cour est obligée de reconnaître que chaque instrument conventionnel a été adopté dans un contexte propre et ce peut être étendu au-delà de son objet propre. Mais une autre série de conventions a un rapport direct avec les armes nucléaires: il s'agit des traités de dénucléarisation, interdisant l'arme nucléaire dans des régions déterminées de la planète, et du traité de non prolifération limitant le droit de posséder des armes nucléaires aux cinq puissances membres permanents du Conseil de sécurité, traité d'une particulière actualité puisqu'il venait d'être

⁴ Comme le dit le président *Bedjaoui* au § 9 de sa déclaration.

l'objet d'une prorogation indéfinie un an plus tôt. La Cour constate que même si ces traités contiennent, ou ont été l'occasion d'engagements de non emploi de la part des puissances nucléaires, ces engagements ont été assortis de réserves qui n'ont soulevé aucune objection de la part de leurs partenaires ni du Conseil de sécurité. Ils n'imposent donc pas d'interdiction absolue d'emploi ou de menace d'emploi de l'arme nucléaire, tout au plus annoncent-ils une évolution vers une future interdiction.

1.b. Mais peut être que cette interdiction a déjà acquis une valeur coutumière? La recherche d'une telle règle coutumière se heurte à deux difficultés qui ne permettent pas à la Cour de se prononcer en faveur de son existence. D'abord cette éventuelle coutume résulterait d'une pratique négative des Etats - il n'y a pas eu d'emploi de l'arme nucléaire depuis 50 ans - qu'il est difficile d'interpréter: entre ceux qui voient dans cette non utilisation la présomption de la conviction d'une interdiction et ceux qui l'expliquent par les circonstances qui n'en imposaient pas l'emploi, la Cour se refuse de trancher, mais elle ne peut constater l'*opinio juris* nécessaire. De même en ce qui concerne les nombreuses résolutions par lesquelles, depuis 1961, l'Assemblée générale des Nations-Unies a condamné un éventuel emploi ou menace d'emploi de l'arme nucléaire comme une violation de la Charte et un crime contre l'humanité, la Cour est obligée de constater que les votes en faveur de ces résolutions ont toujours été très divisées, et que leur objectif, qui était d'obtenir l'ouverture de négociations en vue de la signature d'un traité interdisant l'arme nucléaire, n'a pu être atteint; que ces résolutions répétées traduisent sans doute „une inquiétude profonde“, une „*opinio juris* naissante“,⁵ mais qu'elles ne permettent pas de constater, pour le moment, l'existence d'une règle coutumière établie.

2. Faute d'avoir décelé l'existence de normes spécifiques interdisant „en toutes circonstances“ la menace ou l'emploi des armes nucléaires, la Cour en vient alors à rechercher si cette menace ou cet emploi ne sont pas contraires aux principes du droit applicables dans les „situations de conflits armés“, non sans préciser auparavant que ce droit englobe à la fois ce qu'on appelait traditionnellement le „droit de la Haye“, ou droit de la guerre - celui qui tend à limiter les moyens de combat - et le „droit de Genève“ ou droit humanitaire - celui qui protège les non-combattants - et qu'elle réunit à juste titre dans un système complexe qu'elle appelle „le droit international humanitaire“ auquel s'adjoint le droit de la neutralité.

C'est donc dans ce droit international humanitaire qu'elle essaie trouver la réponse à la question dont elle est saisie.

II. Le constat de l'incertitude du droit positif

Avant de confronter l'arme nucléaire au droit international humanitaire, pour savoir s'il le condamne, la Cour a pris soin d'en déterminer les „caractéristiques propres“: elle relève ainsi sa „puissance destructrice, sa capacité d'infliger des souffrances indicibles à l'homme, ainsi que son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir“.⁶ Remarquons aussitôt qu'elle se place à un niveau de généralité, déjà relevé plus haut, qui ne tient compte ni des différents types d'armes nucléaires (les effets produits par une bombe thermonucléaire lancée par un missile intercontinental ne sont pas les mêmes que ceux d'un engin miniaturisé employé sur un champ de bataille) ni des circonstances dans lesquelles elle sont employées (une charge nucléaire qui atteint un navire en haute mer n'a pas les mêmes effets que celle qui explose sur une mégapole), ce qui va peser lourdement sur le degré de précision de la réponse qu'elle sera en mesure d'apporter à la question qui lui a été posée.

La Cour va donc se demander si l'arme nucléaire, avec les caractéristiques qu'elle a dégagés n'est pas incompatible avec le droit international humanitaire; mais elle ne pourra pas éviter de la confronter ensuite aux principes qui encadrent l'exercice de la légitime défense, réintroduisant ainsi les impératifs de sécurité des Etats codifiés par le droit de la Charte.

A. Examinant donc le droit international humanitaire, la Cour en dégage deux „principes cardinaux“; le premier est la distinction entre combattants et non combattants, qui interdit d'utiliser „les armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires“; le second est l'interdiction de cause des maux superflus aux combattants; ces deux grands principes, explique-t-elle, ont une valeur coutumière et s'appliquent dans tous les cas et dans tous les temps; elle renonce cependant, pour ne pas heurter inutilement certains de ses membres, à les qualifier de principes de *jus cogens*, mais elle proclame, ce qui revient à peu près au même, qu'ils sont „intransgressibles“.⁷

⁵ § 71.

⁶ § 36.

⁷ § 79.

Dès lors, la confrontation des caractéristiques de l'arme nucléaire à ces principes cardinaux semble devoir aboutir inexorablement à constater leur incompatibilité: elle dévaste les zones qu'elle frappe sans pouvoir distinguer entre combattants et civils, elle cause des maux indicibles aux victimes et même aux générations futures: elle devrait donc être interdite sans réserve et en toute circonstance. La Cour est cependant beaucoup plus circonspecte, se contentant de dire: „L'utilisation de ces armes n'apparaît effectivement guère conciliable avec le respect de telles exigences,, (découlants) „des principes cardinaux“. ⁸ C'est qu'elle est consciente que la généralité de son propos, lié à la généralité de la question posée, ne lui permet pas de tenir compte de la diversité des types d'armes nucléaires ou de la diversité des circonstances de son emploi; et elle poursuit: „Néanmoins, la Cour considère qu'elle ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toute circonstance“, ce qui se traduit, dans le dispositif, par le § E, 1^e alinéa, suivant: „Il ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire“.

Ces réserves de la Cour dues à son souci de ne pas se laisser entraîner à des généralisations allusives, ont évidemment déçu ceux qui attendaient d'elle une condamnation inconditionnelle de l'arme nucléaire. Mais ils n'étaient pas au bout de leurs déceptions car la Cour va plus loin lorsqu'elle réintègre dans son raisonnement le facteur sécuritaire impliqué par la politique de dissuasion.

B. Quittant en effet le *jus in bello*, la Cour revient au *jus ad bellum*, au droit de la Charte, pour se demander si l'emploi ou la menace d'emploi de l'arme nucléaire, bien que „généralement contraire“ aux principes du droit humanitaire, n'est pas exceptionnellement susceptible d'être légitime dans l'exercice du droit de légitime défense dont elle a antérieurement rappelé la proclamation par l'article 51 de la Charte. On est ici au coeur du problème, face au drame dans lequel un Etat, menacé dans sa survie même ne voit d'autre issue que d'utiliser son arsenal nucléaire, risquant ainsi d'entraîner dans une destruction apocalyptique, non seulement l'existence de son adversaire, mais celle de l'humanité toute entière. L'Etat peut-il pour tenter d'assurer sa propre survie, risquer de menacer celle de l'humanité toute entière? Face à ce dilemme dramatique, la réponse de la Cour a de quoi

⁸ § 95.

décevoir: „En vue de l'état actuel du droit international pris dans son ensemble ... ainsi que des éléments de fait à sa disposition, la Cour est amenée à constater qu'elle ne saurait conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires par un Etat dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie même serait en cause“.⁹ Paragraphe des motifs repris intégralement dans le § E, 2^e alinéa du dispositif.

C'est ce § E qui n'a pu être adopté que par la voix prépondérante du président. C'est lui qui a soulevé la réprobation, voire l'indignation de certains. On a dénoncé le „non liquet“¹⁰: la Cour a refusé de se prononcer, manquant ainsi gravement à sa fonction juridictionnelle! Mais cette vertueuse indignation doit être ramenée à sa juste proportion en considération des trois éléments suivants: d'abord la Cour statue non dans le cadre de sa fonction contentieuse, où elle serait tenue de trancher un différend, mais dans celui de sa fonction consultative où on lui demande seulement de dire le droit: ce n'est pas de son fait si le droit comporte des lacunes; ensuite, et surtout, elle s'est tenue obligée, à juste titre, de statuer en droit positif: face au dilemme ultime opposant la survie de l'humanité à la survie d'un Etat, tout homme raisonnable tranchera en faveur de la première, mais c'est là une réponse dictée par des considérations d'ordre social, éthique, philosophique [...] mais que le droit international positif, établi par les Etats eux-mêmes, n'est pas en mesure de fournir; prétendre le contraire serait pour la Cour dépasser sa fonction consultative et faire oeuvre de législateur. Enfin - et la Cour a tenu à le rappeler - ce paragraphe crucial de son dispositif ne doit pas être isolé de l'ensemble de l'avis, mais relié à l'ensemble des motifs qui l'expliquent, „lesquels doivent être lus à la lumière les uns des autres.“ Cela implique, en particulier, que le droit de légitime défense, responsable de la cruelle incertitude du § E du dispositif, ne peut valablement s'exercer que conformément aux conditions qui le limitent, à savoir la nécessité et la proportionnalité (on pense ici à la stratégie de la „dissuasion graduée“), ce qui en restreint sérieusement la portée.

En dépit de ces explications, il était à prévoir que l'avis allait décevoir; la Cour en était bien consciente, aussi va-t-elle prendre une initiative très originale pour ouvrir une perspective plus réconfortante sur une évolution du droit international aboutissant à interdire l'arme nucléaire cette fois en toutes circonstances. Elle attire l'attention sur l'article VI du Traité de non prolifération - qui venait tout juste d'être prorogé - par lequel les Parties

⁹ § 97.

¹⁰ Voir l'opinion dissidente du juge *Higgins*.

s'engagent „à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire [...]“¹¹ Voilà, affirme-t-elle, une obligation de droit positif, qui lie 182 Etats, soit „la très grande majorité de la communauté internationale“ et qui „inclut sa propre exécution conformément au principe de bonne foi“¹¹; ainsi, pour peu que les Etats respectent leurs engagements, doivent être rapidement comblées les lacunes du droit international que la Cour n'a pu que constater et déplorer.

Ce raisonnement de la Cour est doublement audacieux, d'abord parce qu'il frise l'*ultra petita*: la Cour donne son sentiment sur l'évolution du droit international alors qu'on lui demandait seulement d'en présenter l'état actuel; ensuite et surtout parce qu'elle interprète cet article VI en confondant délibérément l'obligation de comportement - négocier de bonne foi -, qui est effectivement prescrite par le texte en question, avec une obligation de résultat - conclure un traité de désarmement nucléaire - qu'il n'a sans doute jamais été dans les intentions des signataires d'assumer. Nous avons là un exemple caractéristique de la „politique jurisprudentielle“ d'un tribunal (et il faut noter qu'il a été adopté à l'unanimité, même par ceux des juges qui ont douté de sa pertinence) qui cherche à regagner la confiance de ses justiciables, tant à l'égard de sa fonction juridictionnelle qu'à l'égard du rôle du droit dans la vie internationale.

Il n'est pas certain que la Cour soit parvenue à ses fins, tant son avis, si prudent et équilibré, ne pouvait manquer de mécontenter à la fois les adversaires inconditionnels de l'arme nucléaire (voir, par exemple, les opinions dissidentes des juges *Weeramantry* et *Koroma*) et les partisans convaincus des bienfaits de la dissuasion (voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge *Schwebel*); au mieux, les interprètes ont mis l'accent sur l'aspect de l'avis qui correspondait à leur attente: ainsi le juge *Ranjeva* se félicite que l'avis „confirme le principe de l'illicéité de l'emploi et de la menace d'emploi des armes nucléaires“ tandis que le juge *Guillaume* insiste sur le fait que la Cour a implicitement reconnu la licéité des politiques de dissuasion.¹² En fait, la Cour a répondu du mieux qu'elle pouvait à une question impossible; sans chercher à se dérober, elle a inventorié méthodiquement tout le droit „pertinent“ susceptible de lui fournir une réponse; ce sont les limites de sa fonction

¹¹ § 102.

¹² On se fera une très bonne idée de la diversité des analyses qu'a pu susciter l'avis de la Cour en consultant les huit contributions d'éminents spécialistes de droit humanitaire réunis dans le numéro spécial de la Revue internationale de la Croix Rouge de janvier-février 1997 (n° 823).

juridictionnelle, qui lui imposent de s'en tenir au droit positif, qui sont seules responsables de la réponse incomplète qu'elle a donnée. Il y a des lacunes dans le droit international, spécialement dans les domaines aussi sensibles que ceux qui touchent à la défense des Etats. *Charles de Visscher* le constatait, il y a plus de quarante ans: „Il y a, écrivait-il, dans la vie internationale, bien des rapports dont la réglementation, si désirable qu'elle paraisse dans l'intérêt commun, reste soustraite au droit international, soit par la volonté délibérée des Etats de s'en réserver l'appréciation discrétionnaire, soit par l'impossibilité où ils sont de s'entendre sur ses termes“. ¹³ C'est rendre un mauvais service à la Cour que de lui demander de combler les lacunes du droit international. Il serait souhaitable qu'à l'avenir elle cesse d'être utilisée à des fins qui ne sont pas les siennes.

¹³ *Charles de Visscher*, *Théories et réalités en droit international public*, 2^e édition, Pedone 1955, p. 175.